

Contractuele remedies in Europa: eenwording en fragmentatie

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2003). Contractuele remedies in Europa: eenwording en fragmentatie. In J. M. Smits, & G. Lubbe (Eds.), *Remedies in Zuid-Afrika en Europa; Bijdragen over privaatrecht en constitutioneel recht in Zuid-Afrika, Nederland en België* (pp. 37-49). Intersentia. Ius Commune Europaeum No. 43

Document status and date:

Published: 01/01/2003

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in: Jan Smits & Gerhard Lubbe (red.), *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*, Antwerpen 2003, pp. 37-49

Contractuele remedies in Nederland en Europa: eenwording en fragmentatie

Jan Smits

1. Inleiding

In deze bijdrage wordt ingegaan op de consequenties van de Europeanisering voor het systeem van contractuele remedies. De nadruk ligt daarbij op de consequenties voor het Nederlandse recht, maar incidenteel worden conclusies getrokken die ook van belang zijn voor andere Europese rechtsstelsels. Blijken zal dat de door de Europese Unie¹ gerealiseerde harmonisatie van (delen van) het contractenrecht voor Europa onvermijdelijk gepaard gaat met een fragmentatie van het contractenrecht op nationaal niveau. In het navolgende wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan het Nederlandse stelsel van contractuele remedies (par. 2), aan de Europese inspanningen om tot geharmoniseerde regels te komen (par. 3) en aan de invloed van die laatste op het nationale recht (par. 4). Daarbij zij bedacht dat deze bijdrage primair is geschreven voor de niet in het Nederlandse of Europese recht ingevoerde lezer.

2. Contractuele remedies naar Nederlands recht

Het Nederlandse stelsel inzake de contractuele remedies kent een *unitair* karakter.² Dat betekent dat het in beginsel niet relevant is van welk type niet-nakoming sprake is: steeds waar de debiteur bij de overeenkomst achterblijft bij wat hij moet doen, is er een geval van tekortkoming in de nakoming en staan, mits aan de specifieke voorwaarden voor elk van die acties is voldaan, de diverse acties ter beschikking. Traditioneel zijn deze acties, naast de op de overeenkomst zelf gebaseerde nakoming, die tot schadevergoeding en ontbinding. Bovendien heeft de teleurgestelde contractant³ de beschikking over een aantal andere remedies die niet zozeer zijn gebaseerd op de tekortkoming van de debiteur zelf, maar veeleer op hetzij een gebrekkige totstandkoming van de overeenkomst (de wilsgebreken en handelingsonbekwaamheid), hetzij een omstandigheid die buiten de wil van een der partijen de nakoming verhindert (met name in geval van onvoorziene omstandigheden). Deze remedies komen in het navolgende kort aan de orde.⁴

De meest voor de hand liggende actie van de teleurgestelde contractant naar Nederlands recht is de actie tot nakoming van de overeenkomst.⁵ Deze is uiteraard niet gebaseerd op de

¹ Strikt juridisch beschouwd dient onderscheid te worden gemaakt tussen de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap en de Europese Unie. Conform het tegenwoordig spraakgebruik wordt in deze bijdrage steeds van Unie gesproken.

² Zie voor die term Konrad Zweigert & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998, 488 v., waar het Duitse recht van vóór de *Schuldrechtsreform* van 1 januari 2002 als niet-unitair wordt gekwalificeerd.

³ Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen; wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?, *WPNR* 6164-6165 (1995), 23 v.

⁴ Zie algemeen over het stelsel van remedies van de contractant Asser-Hartkamp 4-I, *De verbintenis in het algemeen*, 11de dr., Deventer 2000, no. 306 v.; G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Zwolle 1997; J.M. Smits, *Niet-nakoming*, Nijmegen 1997; Jan Smits & Sophie Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen 2000; C.B.P. Mahé & E.H. Hondius, Les sanctions de l'inexécution en droit néerlandais, in: M. Fontaine & G. Viney (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles 2001, 837 v.

⁵ Zie Asser-Hartkamp 4-I, o.c., no. 181 v.; Asser-Hijma 5-I, *Koop en ruil*, 6de dr., Deventer 2001, no. 372 v.

tekortkoming, maar – geheel in overeenstemming met de *civil law*-traditie – op de overeenkomst zelf. Traditioneel kan nakoming slechts dan niet worden gevorderd indien de nakoming onmogelijk is of praktisch niet kan worden geleverd van de debiteur of bestaat in het verrichten van diensten van persoonlijke aard. De door art. 9:102 lid 1 van de Principles of European Contract Law (PECL)⁶ genoemde hoofdregel en de uitzonderingen van lid 2 onder a, b en c geven het Nederlandse recht goed weer.⁷ Recent lijkt de Nederlandse Hoge Raad de beschikbaarheid van de nakomingsactie echter enigszins te hebben ingeperkt: in het arrest Multi Vastgoed/Nethou⁸ overwoog de Hoge Raad dat in geval van een tekortkoming de crediteur “in beginsel” de keuze heeft tussen nakoming en schadevergoeding, maar dat de crediteur niet geheel vrij is in deze keuze, want gebonden aan redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Dit dient aanleiding te geven tot een afweging van het belang van de crediteur bij nakoming en van de debiteur bij een minder vergaande actie (zoals schadevergoeding).

Hoewel de nakomingsactie in het algemeen niet is gecodificeerd in het BW, is dit anders bij enkele bijzondere overeenkomsten. Zo is voor de koop in art. 7:21 BW neergelegd dat de koper in geval van non-conformiteit het recht heeft om te eisen aflevering van het ontbrekende, herstel van de afgeleverde zaak en vervanging van de zaak. Net zoals op grond van Multi Vastgoed/Nethou lijkt te gelden voor de algemene actie, geldt echter ook hier dat de vordering tot herstel alleen kan worden ingesteld indien de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen. Hier wordt dus een toets van proportionaliteit gehanteerd. Er is zelfs voor gepleit dat het beginsel van proportionaliteit voor alle door de crediteur in te stellen acties heeft te gelden,⁹ maar dat is door de Hoge Raad (nog) niet aanvaard.

De actie tot verkrijging van schadevergoeding¹⁰ is afhankelijk van het bestaan van een toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW). Toerekenbaarheid impliceert dat de debiteur hetzij een verwijt kan worden gemaakt van diens niet-nakoming, hetzij dat deze voor diens risico komt.¹¹ De toerekeningsgronden zijn daarmee blijkens art. 6:75 BW schuld, wet, rechtshandeling en verkeersopvatting. Men kan deze nevenschikking van schuld en risico door de wetgever bekritisieren omdat de vraag of schuld toerekening rechtvaardigt nu juist afhankelijk is van de verkeersopvatting,¹² maar in de systematiek van het Nederlands BW is dat argument van minder belang. Art. 9:501 en art. 8:108 PECL geven het Nederlandse recht adequaat weer, zij het dat het overmachtsbegrip van de PECL anders is geformuleerd dan is geschied in art. 6:75 BW.¹³

De actie tot ontbinding van de wederkerige overeenkomst¹⁴ is eveneens gebaseerd op de tekortkoming van de debiteur. Art. 6:265 BW geeft in dat geval aan de wederpartij “de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden”. In Europees perspectief loopt de Nederlandse regeling enigszins uit de pas omdat daarbij geen eis van “fundamenteel non-performance” wordt gesteld: *iedere* tekortkoming in de nakoming geeft recht op ontbinding tenzij

⁶ Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, The Hague 2000.

⁷ Zie ook Danny Busch et al (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen 2002, 351 v. (Loos).

⁸ HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79.

⁹ Zie met name T. Hartlief, *Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht?*, AA 1997, 196 v.

¹⁰ Asser-Hartkamp 4-I, o.c., no. 404 v.; H.B. Krams, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. Leiden 1999, Deventer 1999; J.M. Smits, *De verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming*, in: Smits & Stijns, *Remedies*, o.c., 115 v.

¹¹ Zie A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad*, diss. Rotterdam 1998, Arnhem 1998.

¹² H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer 1979, 195.

¹³ Vgl. Busch et al (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, o.c., 397 (Schelhaas) en 341 (Smits).

¹⁴ Waarover F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993; T. Hartlief, *Ontbinding*, diss. Groningen 1994, Deventer 1994; S. Stijns, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten bij wanprestatie*, in: Smits & Stijns, *Remedies*, o.c., 51 v.

de tekortkoming de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Art. 9:301 jo. 8:103 PECL laat zien hoe dit ook anders kan, maar de Hoge Raad¹⁵ weigert consequent om de ontbinding op enigerlei wijze afhankelijk te stellen van het belang van de debiteur. Indien het voor de crediteur bijvoorbeeld weinig uitmaakt of hij schadevergoeding of ontbinding vordert, maar de schadevergoedingsactie voor de debiteur veel minder bezwarend is, behoudt de crediteur toch recht op ontbinding.

Vaak zal de ontbinding van de overeenkomst overigens vooraf gaan door het opschorten door de crediteur van diens eigen prestatie. In de systematiek van het Nederlands BW is deze opschorting in algemene zin geregeld in art. 6:52-57 BW en meer specifiek voor de wederkerige overeenkomst in art. 6:262-264 BW. Ook zij nog opgemerkt dat een eventueel recht op prijsvermindering als zodanig in het systeem van het BW, anders dan in de PECL (art. 9:401) niet bestaat: volgens de wetgever¹⁶ dient via met name de rechtsfiguur van de gedeeltelijke ontbinding (art. 6:270 BW) een soortgelijk resultaat te worden behaald. Dat betekent bijvoorbeeld dat indien een te geringe hoeveelheid goederen is geleverd, een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties kan worden bereikt via een gedeeltelijke ontbinding. Dat betekent in dat geval een evenredige vermindering van de prijs.

De teleurstelling van de contractant behoeft niet voort te vloeien uit de niet-nakoming als zodanig, maar kan ook zijn gelegen in de inhoud van de overeenkomst of in de wijze van totstandkoming er van. Dat is bijvoorbeeld het geval indien sprake is van een onredelijke clause in de algemene voorwaarden bij de overeenkomst (art. 6:233 e.v. BW) of indien zich een geval van dwaling (art. 6:228 BW) voordoet. In geval van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten, is naar Nederlands recht aanpassing of ontbinding van de overeenkomst mogelijk (art. 6:248 BW). Het kan ook strategisch gedrag zijn van de crediteur om, zelfs indien tevens een actie wegens niet-nakoming kan worden ingesteld, in verband met de verschillende rechtsgevolgen een beroep te doen op dwaling (of andersom).¹⁷

Het is belangrijk om er op te wijzen dat het bovenstaande stelsel van acties is ingebed in een strak systematisch kader. Het was de expliciete wens van de Nederlandse wetgever om de meer algemene bepalingen van het vermogensrecht in het BW vooraf te laten gaan aan de meer bijzondere. Deze gelaagde structuur betekent voor het contractenrecht dat de bepalingen in Boek 3 (“Vermogensrecht in het algemeen”) en in Titel 5 van Boek 6 (“Overeenkomsten in het algemeen”) de algemene regels geven voor alle overeenkomsten en dat daarvan deels wordt afgeweken voor de bijzondere contracten in Boek 7 en 8 BW. Dat is een consistent systeem dat kan worden gekwalificeerd als het einde van een ontwikkeling in de richting van een algemeen contractenrecht: waar aanvankelijk enkel contractstypen bestonden met elk eigen karakteristieken en ontstaansvoorwaarden, heeft zich ten tijde van de receptie van het Romeinse recht in Europa een algemeen contractenrecht ontwikkeld dat aanvankelijk is neergelegd in de Franse Code Napoleon en later in het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch.¹⁸ Voor Nederland is het BW van 1992 de apotheose van die ontwikkeling omdat daarin de concepten en regels nog algemener zijn. Zo worden de regels voor totstandkoming van de overeenkomst primair beoordeeld aan de hand van de ontstaansvoorwaarden voor de *rechtshandeling* (art. 3:33 jo. 35 BW) – naast eigen regels voor aanbod en aanvaarding in

¹⁵ Zie bijv. HR 24 november 1995, *NJ* 1996, 160 (Tromp/Regency) en HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562 (Mol/Meijer Beheer).

¹⁶ *Parlementaire Geschiedenis van het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer 1981, 1018.

¹⁷ Zie over dit type strategische keuzes A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Deventer 1998 en J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer 1999.

¹⁸ Zie vooral John Barton, *Towards a General Law of Contract*, Berlin 1990.

Boek 6 – en ontbreekt een apart “handelscontractenrecht”.¹⁹ Vraag is thans hoe die Nederlandse “algemene” regels zich verhouden tot de privaatrechtelijke regels van Europese oorsprong.

3. Harmonisatie van contractuele remedies door de Europese wetgever

3.1 Inleiding: het Europeesrechtelijk kader

Zoals bekend is het belangrijkste doel van de Europese Unie het bevorderen van economische activiteit, waartoe met name het instellen van een “gemeenschappelijke markt” voor de lidstaten vereist is (art. 2 EG-Verdrag). Om die doelstelling te bereiken, heeft de Europese Unie ook bevoegdheden op het terrein van het privaatrecht. Zo bepaalt art. 3 van het EG-Verdrag dat om het genoemde doel te bereiken, de bevoegdheid bestaat tot “het nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen in de mate waarin dat voor de werking van de gemeenschappelijke markt noodzakelijk is” (sub h); ook een “bijdrage tot de versterking van de consumentenbescherming” (sub t) is mogelijk.²⁰ In de visie van de Europese instituties kunnen ook privaatrechtelijke bepalingen de werking van de interne markt belemmeren. Met name indien een van de vijftien nationale wetgevers consumentenbeschermende maatregelen heeft genomen waardoor het niveau van consumentenbescherming hoger is in dat land dan in de andere Europese lidstaten: de eerlijke mededinging tussen bedrijven wordt daardoor zodanig belemmerd dat ingrijpen volgens de Europese Commissie nodig is. Bovendien zullen consumenten bij diversiteit van wetgeving minder vertrouwen hebben in grensoverschrijdend winkelen: om dat vertrouwen te bevorderen, acht de Commissie ingrijpen vaak eveneens noodzakelijk. Daarbij is zij wel gebonden aan het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel: slechts voor zover een Europese doelstelling niet voldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt, mag de EU ingrijpen. Dat ingrijpen mag bovendien niet verder gaan dan noodzakelijk is om het doel te bereiken.²¹

De basis voor dat ingrijpen is op privaatrechtelijk terrein met name gelegen in art. 95 EG-Verdrag, dat maatregelen inzake “de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen” mogelijk maakt. De maatregel²² die daartoe op materieelrechtelijk terrein²³ steeds wordt gebruikt, is de Europese richtlijn. De keuze voor een richtlijn in plaats van voor een verordening biedt als voordeel dat het aan de lidstaten zelf is overgelaten welke vorm en middelen zij kiezen om het vereiste resultaat te bereiken. Na implementatie van de richtlijn is deze deel geworden van het nationale recht en daarmee direct toepasselijk op de verhoudingen waarvoor de regels van de richtlijn zijn geschreven. Wordt niet, te laat of op verkeerde wijze geïmplementeerd, dan bestaan diverse Europeesrechtelijke middelen om de richtlijn toch toe te passen. De belangrijkste daarvan is wel dat de nationale lidstaat jegens de burger aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van de gebrekkige implementatie.²⁴

Hiermee is het kader geschetst waarbinnen de bemoeienis van de EU met het contractenrecht van de lidstaten moet worden gezien. Inmiddels is er sinds 1984 een vijftiental richtlijnen inzake het contractenrecht uitgevaardigd, vrijwel alle op het terrein van de bescherming van de zwakke contractant (meestal consument). Tot dit communautair acquis

¹⁹ Zie hierover uitgebreid J.M. Smits, Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht, *R & R* 27 (1998), 10 v.

²⁰ Vgl. ook art. 153 EG-Verdrag, waarin de consumentenbescherming tot zelfstandig doel is gemaakt.

²¹ Zie art. 5 EG-Verdrag.

²² Zie art. 249 EG-Verdrag voor andere middelen.

²³ Op het terrein van het internationaal privaatrecht bestaan inmiddels enkele verordeningen.

²⁴ Zie voor een overzicht bijv. J.M. Smits, Het wettelijk kader, in: R.E. van Esch & J.E.J. Prins (red.), *Recht en elektronische handel*, tweede druk, Deventer 2002, 31 v. en meer uitgebreid M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie*, diss. Leiden 2001, Deventer 2001.

behoren richtlijnen over misleidende²⁵ en vergelijkende²⁶ reclame, colportage,²⁷ tussenpersonen,²⁸ consumentenkrediet,²⁹ pakketreizen,³⁰ oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten,³¹ timeshare,³² overeenkomsten die op afstand worden gesloten,³³ consumentenkoop,³⁴ elektronische handtekeningen,³⁵ elektronische handel³⁶ en bestrijding van betalingsachterstanden.³⁷ Een nadere analyse van deze richtlijnen vindt plaats in de volgende paragraaf.

3.2 Een nadere analyse

Kenmerkend voor de zojuist genoemde richtlijnen is dat de door hen gegeven regels nooit het gehele overeenkomstenrecht beheersen, maar steeds slechts van toepassing zijn op specifieke typen contracten. Bovendien worden van die contracten slechts bepaalde aspecten geregeld. Dit wordt vooral veroorzaakt doordat de EU reageert op concreet opgekomen problemen en zich daarmee weinig gelegen laat liggen aan de traditionele onderscheidingen binnen het privaatrecht. Het aanhouden van de klassieke onderscheiding tussen totstandkoming, inhoud en uitvoering van de overeenkomst levert echter het volgende beeld op.³⁸

De totstandkoming van de overeenkomst wordt beheerst door Europese regels over vormvoorschriften,³⁹ vertegenwoordiging,⁴⁰ het tijdstip van totstandkoming,⁴¹ bewijs van het bestaan van een verklaring,⁴² de wijze van aanbieden⁴³ en voor en na het sluiten van de overeenkomst aan

²⁵ Richtlijn 84/450/EEG van 10 september 1984 inzake (...) misleidende reclame, *Pb. EG* L 250/17. Deze en de onderstaande richtlijnen zijn te vinden in J.H.M. van Erp & J.M. Smits (red.), *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag [Boom] 2001 en op de website <http://www.europa.eu.int/eur-lex>.

²⁶ Richtlijn 97/55/EG van 6 oktober 1997 (...) teneinde ook vergelijkende reclame te regelen, *Pb. EG* L 290/18.

²⁷ Richtlijn 85/577/EEG van 20 december 1985 inzake de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *Pb EG* L 372/21.

²⁸ Richtlijn 86/653/EEG van 18 december 1986 inzake (...) zelfstandige handelsagenten, *Pb EG* L 382/17.

²⁹ Richtlijn 87/102/EEG van 22 december 1986 inzake (...) het consumentenkrediet, *Pb EG* L 42/48.

³⁰ Richtlijn 90/314/EEG van 13 juni 1990 inzake pakketreizen (...), *Pb EG* L 158/59.

³¹ Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb EG* L 095/29.

³² Richtlijn 94/47/EG van 26 oktober 1994 inzake de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen, *Pb EG* L 280/83.

³³ Richtlijn 97/7/EG van 20 mei 1997 inzake de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *Pb EG* L 144/19 en Richtlijn 2002/65/EG van 23 september 2002 inzake de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (...), *Pb EG* L 271/16.

³⁴ Richtlijn 1999/44/EG van 25 mei 1999 inzake bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *Pb EG* L 171/12.

³⁵ Richtlijn 1999/93/EG inzake een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen, *Pb EG* 2000, L 013/12.

³⁶ Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 inzake bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *Pb EG* L 178/0001.

³⁷ Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 inzake bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *Pb EG* L 200/35.

³⁸ Zie ook het overzicht dat als bijlage III is gevoegd bij de Mededeling over Europees verbintenissenrecht, 11 juli 2001, COM (2001) 398 def.

³⁹ Art. 4 van Richtlijn 87/102/EEG inzake consumentenkrediet; art. 4 lid 2 van Richtlijn 90/314 inzake pakketreizen; art. 4 van Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare; art. 9 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁴⁰ Art. 9 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁴¹ Art. 11 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁴² Art. 5 van Richtlijn 1999/93/EG inzake elektronische handtekeningen.

⁴³ Art. 3 van Richtlijn 84/450 inzake misleidende reclame.

de wederpartij te verstrekken informatie,⁴⁴ steeds met de aantekening dat slechts bepaalde contracten worden gedekt. De contractsinhoud wordt beheerst door regels over uitleg,⁴⁵ oneerlijke bedingen,⁴⁶ algemene voorwaarden⁴⁷ en wederzijdse plichten van de contractanten.⁴⁸ Ook de consequenties van het terugtreden uit de overeenkomst voor een eventuele financierings-overeenkomst met een derde worden geregeld.⁴⁹ De meeste regels bestaan echter op het terrein van de uitvoering van de overeenkomst: de contractuele remedies zijn een geliefd terrein van de Europese wetgever. Aldus bemoeit Brussel zich met het conformiteitsbegrip bij consumentenkoop,⁵⁰ met acties van de consument-koper bij niet-nakoming,⁵¹ jegens de consument bij koop afgegeven commerciële garanties,⁵² het tijdstip van nakoming, opzegging van de overeenkomst⁵³ en met de te betalen rente bij niet-nakoming.⁵⁴ Ook het verhaalsrecht van de verkoper op diens voorschakel is geregeld voor het geval de verkoper aan een consument verkocht.⁵⁵

Wat is nu precies de inhoud van deze regels over de contractuele remedies? Zoals gezegd dienen daartoe steeds twee vragen te worden gesteld: met welk type overeenkomst heeft men te maken en voor welke onderdelen daarvan worden precies regels gegeven? Wat opvalt bij een dergelijke nadere analyse, is dat de richtlijnen voor verschillende overeenkomsten vaak identieke onderwerpen regelen: met name een informatieplicht van de professionele wederpartij jegens de consument en een recht van de consument om onder bepaalde voorwaarden uit de overeenkomst terug te treden. Aldus bijvoorbeeld bij de richtlijnen over colportage (een overeenkomst tussen een professionele handelaar en een consument over de levering van goederen of diensten, gesloten tijdens een door de handelaar georganiseerde excursie of tijdens een bezoek van de handelaar aan het huis of op het werk van een consument): de handelaar moet dan informatie geven aan de consument over de naam en het adres van degene jegens wie de overeenkomst kan worden opgezegd. De consument heeft dat recht om “afstand (te) doen van de gevolgen van zijn verbintenis” gedurende zeven dagen na de ontvangst van die informatie (art. 5). Ook volgens de richtlijn timeshare (dat is de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van een of meer onroerende goederen door een consument) kan de koper kan binnen 10 kalenderdagen na de ondertekening van de overeenkomst zonder opgave van redenen uit de overeenkomst “terugtreden”. Indien niet alle vereiste gegevens zijn verstrekt, is die termijn zelfs drie maanden (en weer 10 kalenderdagen vanaf de verstrekking).

Ook de beide belangrijke richtlijnen over overeenkomsten “op afstand” tussen een professionele verkoper of leverancier en een consument kennen dit stramien. Dergelijke (koop- of dienstverlenings-) overeenkomsten worden gesloten “in het kader van een door de verkoper of dienstverlener georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand” en bovendien

⁴⁴ Art. 3-4 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen; art. 3 van Richtlijn 94/47/EEG inzake timeshare; art. 4-5 van Richtlijn 97/7 inzake afstandsovereenkomsten; art. 5-6 en 10 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁴⁵ Art. 5 van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen.

⁴⁶ Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen.

⁴⁷ Onder meer art. 10 lid 3 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁴⁸ Art. 3-13 van Richtlijn 86/653 inzake zelfstandige handelsagenten.

⁴⁹ Art. 11 van Richtlijn 87/102/EEG inzake consumentenkrediet; art. 6 lid 4 van Richtlijn 97/7 inzake afstandsovereenkomsten; art. 7 van Richtlijn 94/47/EEG inzake timeshare.

⁵⁰ Art. 2-3 en 5 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop. Zie ook art. 5 lid 2 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen.

⁵¹ Art. 5 van Richtlijn 85/577/EEG inzake colportage; art. 4-5 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen; art. 5 van Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare; art. 6 van Richtlijn 97/7 inzake afstandsovereenkomsten; art. 3 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop; art. 6 van Richtlijn 2002/65 inzake de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten.

⁵² Art. 6 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop.

⁵³ Art. 14-20 van Richtlijn 86/653 inzake zelfstandige handelsagenten.

⁵⁴ Art. 3 van Richtlijn 2000/35/EG inzake bestrijding van betalingsachterstand.

⁵⁵ Art. 4 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop.

wordt “tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik (...) gemaakt van één of meer technieken voor communicatie op afstand” (zoals brief, telefoon of email).⁵⁶ Hier bestaat zelfs een “herroepingsrecht” van ten minste 7 werkdagen, dat ingaat op de dag dat aan de informatieverplichting is voldaan (art. 6). Die herroeping kan geschieden zonder opgave van reden en zonder dat sprake is van non-conformiteit. Tot de informatie die moet worden gegeven, behoort die over de identiteit en het adres van de leverancier, de prijs, de kenmerken van goed of dienst en de wijze van betaling. Geschiedt dat niet, dan bestaat nog gedurende drie maanden het recht om tot 7 werkdagen na het alsnog geven van de informatie de overeenkomst te herroepen (art. 6).⁵⁷ Bij verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten geldt een herroepingsrecht van 14 kalenderdagen (art. 6). Die termijn gaat in op het moment van het sluiten van de overeenkomst of, indien de vereiste informatie niet op tijd is verschaft, op de dag dat de informatie wel is gegeven.

Soms ontbreekt echter de remedie. Zo bevat de richtlijn elektronische handel een groot aantal informatieplichten voor de “dienstverlener” van elektronische diensten (art. 5-6 en 10), maar de sanctie op het niet-naleven van die plichten ontbreekt. Art. 20 bepaalt enkel dat de lidstaten de “sanctieregeling” vaststellen en dat de sancties “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” zijn. Dat roept de vraag op of enige uniformering van deze informatieplichten en hun sanctie niet gewenst is.

Andere richtlijnen creëren bepaalde rechten van de crediteur of geven regels over de wijze waarop die rechten moeten worden uitgeoefend. Zo regelt de richtlijn inzake zelfstandige handelsagenten (dat zijn tussenpersonen permanent belast met het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen voor een ander) de opzegging van de agentuur-overeenkomst: die moet geschieden met inachtneming van een opzeggingstermijn (art. 15) en met betaling van een vergoeding of herstel van het nadeel (art. 17). Ook de richtlijn pakketreizen (doorgaans zijn dat georganiseerde reizen die zowel vervoer als logies omvatten) creëert een recht op opzegging door de consument indien de organisator de prijs ingrijpend wijzigt (art. 4 lid 5). Doet hij dat of annuleert de reisorganisator de reis sowieso, dan heeft de consument recht op of “een ander pakket van gelijkwaardige of betere kwaliteit ingeval de organisator en/of de doorverkoper hem dat kunnen voorstellen.” Indien het pakket minder is, moet het verschil in prijs worden terugbetaald of volgt terugbetaling van de betaalde bedragen en een schadeloosstelling voor niet-nakoming, tenzij sprake is van overmacht (art. 4 lid 6 sub b). Interessant is dat daarbij in de richtlijn een definitie van overmacht wordt gehanteerd: dat zijn “abnormale en onvoorzienbare omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden”.⁵⁸

Een bijzondere plaats in het stelsel van de Europese remedies wordt ingenomen door de richtlijn consumentenkoop.⁵⁹ Deze richtlijn kent namelijk een groot toepassingsbereik: in beginsel elke koopovereenkomst ten aanzien van roerende goederen tussen een professionele wederpartij en een consument wordt er door gedekt. Bovendien beoogt deze richtlijn specifiek om regels te geven inzake de remedies van de consument-koper in geval van non-conformiteit. Daartoe geeft de richtlijn in art. 2 op het voetspoor van het Weens Koopverdrag een definitie van conformiteit die nog eens wordt aangevuld met enkele vermoedens en termijnen. Zo geeft de richtlijn in art. 5 aan dat indien een gebrek aan overeenstemming zich binnen zes maanden na de aflevering van de

⁵⁶ Zie daarover J.M. Smits, Wat is een overeenkomst op afstand in de zin van art. 7:46a BW?, *WPNR* 6500 (2002), 585-587.

⁵⁷ Ook hier bestaat een regel over conformiteit: de nakoming moet, tenzij anders overeengekomen, geschieden uiterlijk binnen 30 dagen na de dag waarop de consument zijn bestelling aan de leverancier heeft toegezonden (art. 7).

⁵⁸ Art. 5 bevat een regel over conformiteit, nl. de aansprakelijkheid van de organisator “voor de goede uitvoering van de uit (de) overeenkomst voortvloeiende verplichtingen”.

⁵⁹ Zie daarover Jan Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag 2003; dez., Naar een nieuw Europees consumentenkooprecht, *NJB* 2000, 1825 v.; speciale aflevering van *ERPL* 2001, 157 v.

goederen manifesteert, wordt vermoed dat dit gebrek bestond op het moment van aflevering. Ontbreekt de conformiteit, dan heeft de koper in het systeem van de richtlijn primair recht op nakoming in de vorm van herstel of vervanging van de gekochte zaak, tenzij dat “onmogelijk of buiten verhouding” zou zijn. Pas daarna heeft de consument de mogelijkheid om prijsvermindering of ontbinding te verlangen (art. 3). Dat betekent dat de verkoper die een gebrekkige zaak heeft geleverd nog de kans krijgt om opnieuw te presteren alvorens met verdergaande maatregelen te worden geconfronteerd. Het is met name deze richtlijn die veel Europese lidstaten tot ingrijpende wijzigingen van het kooprecht noopt.

4. Het Europese kader geconfronteerd met het traditionele vermogensrecht

Na in het voorafgaande overzichten te hebben gegeven van het Nederlandse en Europese recht inzake de contractuele remedies, wordt thans bezien wat de invloed is van de Europeanisering op het nationale privaatrecht. Te dien aangaande is zowel een Europees als een nationaal perspectief mogelijk.

Vanuit Europees perspectief is de vraag in hoeverre harmonisatie via richtlijnen nu werkelijk leidt tot een geharmoniseerd recht. Zoals reeds aangegeven staat het de lidstaten vrij om vorm en middelen te kiezen om het door de richtlijn voorgeschreven doel te bereiken. Wie dan ook de verschillende nationale implementaties bekijkt, ziet dat de ene lidstaat in het geheel niet implementeert omdat het bestaande recht al op “Europees niveau” is,⁶⁰ de andere lidstaat echter expliciet een nieuwe wet invoert of een bestaande wet wijzigt. Dat maakt de implementatie van de richtlijn niet altijd even transparant. Bovendien geldt voor vrijwel alle richtlijnen dat zij slechts een “minimum” voorschrijven: voor zover het nationale recht verder gaat dan de richtlijn, mag dat in stand blijven. Ook dat bevordert de transparantie niet. Ten slotte is juist bij richtlijnen op privaatrechtelijk terrein de gebrekkige handhaving van de richtlijn een probleem: de burger zelf kan zich slechts indirect op de richtlijn beroepen, namelijk door de staat aansprakelijk te stellen voor de gebrekkige implementatie.

Ondanks deze gebreken van harmonisatie via richtlijnen, is binnen de EU toch een enigszins geharmoniseerd niveau van met name consumentenbescherming ontstaan. Of het beoogde doel van bevordering van grensoverschrijdende transacties met die eenwording wordt bereikt, is echter nog een andere vraag: de mate waarin burgers daadwerkelijk over de grens winkelen, wordt ook bepaald door andere factoren dan enkel eenheid van privaatrecht, zoals “geografische afstand, taal en gemak”.⁶¹

Hoe de Europese invloed vanuit nationaal perspectief te waarderen? De meest in het oog springende ontwikkeling is dat de eenwording van privaatrecht op *Europees* niveau onvermijdelijk gepaard gaat met fragmentatie op *nationaal* niveau.⁶² Die fragmentatie treft niet alleen de systematiek van het nationale recht (zoals die van het Nederlands BW), maar ook de rechtsvinding en interpretatie van de Europese regels. De Europese invloed kan daarom niet

⁶⁰ Waarbij de aantekening moet worden gemaakt dat op het terrein van de consumentenbescherming blijkens HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, *Jur.* 2001, 3541 (Commissie/Nederland) de rechtszekerheid voor de consument door het Europese Hof van Justitie zo belangrijk wordt geacht dat een heldere en nauwkeurige implementatie essentieel is. Dat lijkt te impliceren dat vrijwel steeds via wetgeving moet worden geïmplementeerd.

⁶¹ Reactie van de Vereniging VNO-NCW op het Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie van de Europese Commissie, 4. Met dank aan dhr. H.J.J. van Breemen van VNO-NCW.

⁶² Zie voor dat argument eerder Jan Smits, *Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is*, *Contracteren* 2001, 73; Jan Smits, *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in: S. Grundmann & J. Stuyck (eds.), *An Academic Green paper on European Contract Law*, The Hague 2002, 387 v.; Thomas Wilhelmsson, *Private law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?*, *ERPL* 2002, 77 v.

anders worden geformuleerd dan als het ontstaan van Europese “enclaves” binnen het vermogensrecht. Voor de contractuele remedies kan dit als volgt worden toegelicht.

Er is zojuist (Par. 2) op gewezen dat de filosofie achter het Nederlands BW bestaat in het geven van zo algemeen mogelijke regels voor zoveel mogelijk contractstypen. Ook in andere nationale stelsels bestaat deze aspiratie. Opmerkelijk genoeg worden ook de Principles of European Contract Law gekenmerkt door dit streven naar het formuleren van algemene beginselen: voor specifieke contractstypen is daarin amper plaats. De Europese richtlijnen wijzen echter in geheel andere richting: het enige Europese privaatrecht dat werkelijk bestaat, is een recht voor bijzondere typen contracten: specifieke regels voor de overeenkomst van consumentenkrediet naast specifieke regels voor de agentuurovereenkomst, de overeenkomst op afstand, de consumentenkoop en zo verder. Dit impliceert dat het conformiteitsbegrip bij consumentenkoop een ander conformiteitsbegrip is dan dat bij commerciële koop; ook zijn er verschillen *binnen* de consumentenkoop, afhankelijk van de vraag of deze onder het toepassingsbereik van de richtlijn valt. Zo kent de consumentenkoop van roerende zaken (die wel wordt gedekt door de richtlijn) als gevolg van de Europeanisering nu andere regels dan de consumentenkoop van onroerende zaken (die daardoor niet wordt gedekt). Deze ontwikkeling voert weg van een algemeen contractenrecht, met op het terrein van de remedies belangrijke consequenties. Of de schuldeiser een specifieke actie tot zijn beschikking heeft, wordt met de toenemende invloed van richtlijnen immers meer en meer afhankelijk van het type contract. Aan de hand van een voorbeeld kan dit worden toegelicht.

De richtlijn consumentenkoop kent in art. 3 een zelfstandig recht op prijsvermindering. Wordt de teleurgestelde koper geconfronteerd met een verkoper die niet in staat is, of niet binnen een redelijke termijn bereid blijkt, om alsnog op juiste wijze na te komen, dan kan hij een “passende” prijsvermindering of ontbinding van de koop verlangen. Dit recht op prijsvermindering is in Nederland niet onbekend. Onder het oude BW van 1838 had de teleurgestelde koper van een specieszaak in geval van een verborgen gebrek de keuze tussen een actie tot vermindering van de koopprijs (met behoud van de zaak) of tot teruggave van de zaak (tegen terugbetaling van de koopprijs). Het eerste van deze door art. 1543 BW (oud) gegarandeerde rechten staat van oudsher bekend als de *actio quanti minoris*. Het gaat terug op het Romeinse recht en had daarin ten doel om de koper te beschermen tegen gebreken die de verkoper veel beter dan de koper kon kennen.⁶³ Onder meer Frans en Belgisch recht⁶⁴ kennen deze speciale acties in geval van verborgen gebreken bij koop nog altijd. De oude *actio quanti minoris* is met de invoering van het huidige BW als zelfstandige actie verdwenen. In de visie van de wetgever zou de gedeeltelijke ontbinding van art. 6:270 BW⁶⁵ deze rol kunnen vervullen. Ook dat is een voorbeeld van veralgemenisering omdat die gedeeltelijke ontbinding in beginsel steeds mogelijk is bij non-conformiteit en niet enkel bij een verborgen gebrek.

Nu de richtlijn echter expliciet een recht op prijsvermindering toekent zonder dat aan de vereisten voor ontbinding behoefte te zijn voldaan, dient dat recht te worden neergelegd in het BW. De Nederlandse wetgever heeft dit uiteindelijk ook erkend,⁶⁶ met als gevolg dat slechts bij het type koop dat door de richtlijn consumentenkoop wordt gedekt, een recht op prijsvermindering als zodanig bestaat. Ook de bijzondere “herroepingsrechten” bij onder meer verkoop op afstand zijn slechts mogelijk bij specifiek omschreven contracten. De systematiek van het nationale privaatrecht, dat juist uitgaat van *algemene* remedies, wordt hiermee verstoord.

⁶³ Zie bijvoorbeeld J.H.A. Lokin, *Prota*, 4^{de} dr., Groningen 1995, 294.

⁶⁴ Art. 1644 Code Civil en Belgisch BW.

⁶⁵ Zie bijv. Asser-Hijma, *Koop en ruil*, 5^{de} dr., Zwolle 1994, no. 528 v. en J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen*, Deventer 1999, 92 v.

⁶⁶ Zie voor die moeizame geschiedenis J.M. Smits, Wie is er bang voor de *actio quanti minoris*?, *WPNR* 6419 (2000), 685 v.; dez., De voorgenomen implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrekkig wetsvoorstel, *WPNR* 6470 (2001), 1047 v.; dez., De richtlijn consumentenkoop en het Nederlandse recht, in: Smits (red.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, o.c., 1 v.

Deze tendens wordt nog versterkt door de wijze van interpretatie van de regels binnen de Europese “enclaves”. Men zou kunnen betogen dat na de implementatie van de Europese richtlijnen in het nationale recht deze allengs van dat nationale recht deel gaan uitmaken en erdoor worden geabsorbeerd. Het eigen karakter van die regels zou daarmee slechts tijdelijk zijn. Dit betoog houdt echter geen stand: de regels van Europese oorsprong moeten immers worden geïnterpreteerd in het licht van de Europese richtlijn zelf: deze richtlijnconforme uitleg⁶⁷ impliceert dat uitleg van de geïmplementeerde regels steeds op “Europese” wijze moet geschieden. De traditionele nationale uitlegmethoden zijn daarbij niet bepalend. Daar komt nog bij dat de interpretatie van de richtlijn zelf uiteindelijk is overgelaten aan het Europese Hof van Justitie, dat er eveneens een eigen rechtsvindingsmethode op na houdt.

Dit nationale perspectief onthult de keerzijde van de Europeanisering van privaatrecht: de harmonisering op Europees niveau gaat gepaard met een toenemende fragmentatie op nationaal niveau. Dit is onvermijdelijk: het kan slechts worden voorkomen door het nationale recht in één keer te vervangen door een alomvattend Europees BW. De noodzaak daarvan staat echter geenszins vast en als die er wel zou zijn, is er in elk geval geen grondslag voor in het EG-Verdrag. Fragmentatie heeft de toekomst.

⁶⁷ Waarover Wissink, o.c.